



Roj: **SAP B 13489/2019 - ECLI: ES:APB:2019:13489**

Id Cendoj: **08019370072019100389**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **7**

Fecha: **15/10/2019**

Nº de Recurso: **12/2019**

Nº de Resolución: **631/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **ENRIQUE ROVIRA DEL CANTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN SEPTIMA**

ROLLO: 12/19

SUMARIO: 03/19

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 17 DE BARCELONA

PROCESADO: Emilio

### **S E N T E N C I A Núm.**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Enrique Rovira del Canto

D.ª Gemma Garcés Sesé

D. Adriá Rodés Mateu

En la Ciudad de Barcelona, a 15 de octubre de dos mil diecinueve.

VISTA, en nombre de S.M. el Rey, en juicio oral y público celebrado el pasado día 10 de los corrientes ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial, la presente causa Rollo núm. 12/19, Sumario 03/19, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 17 de Barcelona, por un delito de ABUSO SEXUAL con introducción de miembros corporales del artículo 181.1 y 4 del Código penal, contra el procesado **Emilio**, com D.N.I num. NUM000, nacido en Barcelona el día NUM001 /1965, hijo de Fernando y de Ascension, en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador D. Fernando Bertrán Santamaría y asistido por el Letrado D. Joan Carrera Calderer, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal en la función que legalmente le corresponde, y siendo designado ponente el Ilmo. Sr. D. Enrique Rovira del Canto, quien expresa el parecer del Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Ministerio Fiscal tras la prueba practicada en el acto de la vista, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, y considerando los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual con introducción de miembros corporales del artículo 181.1 y 4 del Código Penal, y autor de los mismos al procesado, sin circunstancias, interés para el mismo la pena de 5 años de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas, e interesando asimismo la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de 5 años, para su cumplimiento posterior a la pena de prisión, y sin responsabilidades civiles que exigir.

**SEGUNDO.-** Por su parte la defensa del procesado elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, interesando la libre absolución de su patrocinado.



## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.**- Probado y así expresamente se declara que sobre las 12,30 horas del día 19 de julio de 2018, el procesado **Emilio**, mayor de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, se encontraba en el centro OVITAL, sito en el número 29 de la c/Sant Elies de esta ciudad, del cual es gerente y propietario, y cuando estaba realizando un masaje en el cuerpo a Estibaliz, de 20 años de edad, con ánimo libidinoso y sin su autorización mientras le masajeaba las nalgas le indicó que era preciso para su tratamiento que se diera la vuelta, y, en tal posición continuó el procesado manipulando la parte interna de los muslos de la joven, llegando en un momento dado a levantarle las bragas y a introducirle dos dedos en la vagina de la mujer, momento en el que la misma se levantó manifestando que se quería marchar de allí, contestándole el procesado varias veces que lo sentía.

Estibaliz ha renunciado a su acción civil por tales hechos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Vinculado el Juzgador inicialmente por el principio acusatorio y a la valoración no de todos los hechos que pudieran deducirse de las actuaciones sino únicamente de aquellos que hayan sido objeto de debate y de contradicción entre las partes, y limitado asimismo a pronunciarse en referencia al ilícito que es objeto formal de imputación y en relación con las tesis que mantengan las partes acusadoras en sus conclusiones definitivas, en el sentido reflejado en los artículos 435.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 733, 742, 794 y 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otros preceptos, no pudiendo entrar a debatir o apreciar la posible existencia de otro u otros ilícitos distintos o más graves de los que han sido objeto de acusación, puesto que los hechos o circunstancias que no son objeto de acusación no pueden ser, en principio, materia de pronunciamiento judicial, ya que lo contrario equivaldría a convertir al juzgador en acusador, y en tales términos, los hechos declarados probados, por la prueba practicada y valorada por los miembros de la Sala, apreciándola en conciencia y conforme a las reglas del criterio racional y la sana crítica fundamentadas en el principio de inmediación que rige el proceso penal, son efectivamente constitutivos de un delito de abuso sexual con penetración de miembros corporales del art. 181.1 y 4 del Código penal, tal y como pretendía el Ministerio Fiscal.

Y ello por cuanto del resultado de la prueba practicada resultan suficientemente acreditados, a juicio de la Sala, el núcleo de los hechos imputados al procesado, en cuanto a que, el mismo reconoció que, si bien había alegado no recordar que había tenido de cliente de un masaje a la víctima en su declaración en Instrucción, ahora en el acto de la vista y tras haber consultado su diario pudo comprobar que a la hora declarada del día reseñado tenía apuntada a la denunciante, pero que no recordaba más, si bien al interrogatorio del Ministerio Público y de su defensa fue recordando que le fue dando un masaje específico descontracturante, dando los pormenores de cómo daba dicho masaje, pero negando que les bajara las bragas a las clientes y afirmando que estaban siempre con la toalla encima, negando los hechos imputados y afirmando que había otras personas en el local, que dispone de otras salas y una recepción.

Mas frente a ello, de forma contundente, firme, seria, precisa y concisa, la víctima dejó a sostener los hechos tal y como se recogen en los declarados como probados, esto es, que fue al local del masaje porque unos amigos se lo habían regalado, un cupón de descuento, de oferta porque acababa de inaugurarse, que tenía que estar como máximo una hora y que estuvo mucho más, que estaba sola con el acusado y no vio a nadie más del establecimiento ni a clientes, salvo la que salió y se fue antes que ella; que comenzó a preguntarle qué masaje de los tres que verificaba quería y accedió al ya citado porque había acabado exámenes; la hizo quitarse la ropa, excepto la interior, y le dio una toalla para ponérsela encima de las nalgas; que no le decía nada salvo en algún momento que le aludió a que otros clientes acudían tras practicar el skí; que le levantó la toalla, le masajeó la espalda y luego las nalgas, aludiéndole entonces que tenía granos en el culo, cosa de la que no se había percatado ni notado, y fue bajando por las piernas; luego le hizo dar la vuelta, boca arriba, la masajeó por el interior de las piernas, subiendo hasta los muslos y llegando a tocarle casi la zona íntima; que no dijo nada hasta que llegó casi al himen, se bloqueó y entonces, metiendo los dedos bajo las bragas le metió los dedos y de forma profunda. Que tardó la paciente en reaccionar se levantó y le dijo que se tenía que ir, a lo que "no me decía nada, me ignoró"; al final le dijo que si tenía que irse, a lo que contesto que sí la testigo, le pidió perdón y se fue, yéndose la declarante a vestir rápidamente y salir del centro.

Pues bien, frente a la versión negativa del acusado en referencia a los hechos objeto de imputación y su negativa de haberla penetrado con los dedos carnalmente, pero reconociendo que estuvo masajeándola, aunque no recordando nada de lo acontecido, siendo contradictorio sobre el hecho de que recordar pasajes del masaje muy discordantes, se alzaron las manifestaciones antes referidas de la víctima, firmes, serias y contundentes, sin duda alguna en cuanto a su narración tal y como han sido declaradas probadas.



**II.-** Y es en orden a la acreditación de cómo acontecieron los hechos en los que surgen divergencias en las versiones del propio procesado y de la Srta. Estibaliz, se alzó la versión de la víctima como testigo, concretando y detallando la sucesión de los hechos de autos tal y como han sido declarados probados, el pronunciamiento de las escasas frases referidas por el acusado, el que fue masajéandola por la espalda, piernas, dándole la vuelta por el interior de las piernas hasta bloquearla al tocarle el himen y seguidamente penetrándola con sus dedos, siendo todo esto último muy rápido, sorprendiendo a la víctima que tardó en reaccionar pues no podía creer lo que le había hecho, pero motivando el que finalizara la sesión motu proprio y abandonara rápidamente el local, mientras el acusado le había pedido perdón; además la gran diferencia de corpulencia que pudo ser apreciada directamente por los miembros de la Sala durante la celebración del juicio, siendo la víctima una persona delgada y de pequeño tamaño y el procesado todo lo contrario, alto y musculoso.

Sostuvieron ambos que no se conocían de antes, o con anterioridad, y ella que en ningún momento dio su consentimiento sino que el acusado la sorprendió siendo entonces todo muy rápido y que al final pudo levantarse y abandonar el local, que fue a contárselo a un amigo con el que había quedado, después a su domicilio donde pensó en lo que hacer, pues nunca le había pasado algo parecido y habló con su hermana, decidiendo entonces denunciar los hechos en comisaría, casi nueve horas más tarde de haber acontecido los hechos, como reconoció a preguntas del letrado de la defensa, pero sin que fuera en momento alguno a un centro médico, y no habiéndosele preguntado por las partes si se duchó, se lavó o se cambió de ropa o no.

**III.-** Hemos de recordar que como señala pacífica y reiterada jurisprudencia, entre otras, las sentencias de 23 de marzo de 1999 y 29 de diciembre de 1997, el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

Como regla del juicio el principio de presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable. El respeto a las reglas de la inmediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva que el control por el Tribunal Constitucional del cumplimiento del referido principio constitucional se limite a la constatación de la concurrencia de una suficiente prueba de cargo, lícitamente practicada, pero los límites de dicho control no agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no sólo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad o los hechos denunciados no hayan quedado acreditados fuera de toda duda razonable.

Un grave riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

El riesgo se incrementa si la supuesta víctima, o su representante, es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, pero no acentuándose al no haber ejercido la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador, pues basta con formular la acusación y sostenerla en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Lo que no acontece en el presente supuesto al haber incluso renunciado la víctima al ejercicio de la acción civil y a ser indemnizada.

Ahora bien, frente a la doctrina clásica jurisprudencial en aquellos casos en que la declaración de la acusadora no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación ( S.T.S. 29 de diciembre de 1997 y 23 de marzo de 1999, entre otras), la más reciente jurisprudencia de estos dos últimos años, que por extensa y reconocida se obvia su cita en materia de delitos contra la libertad sexual, viene reconociendo a la declaración de la víctima como la de un testigo especialmente cualificado, sobre todo atendidas las circunstancias de privacidad, intimidad, o muy escasa publicidad por no decir nula, en las que acontecen estos supuestos.

**IV.-** En consecuencia, concurriendo los requisitos de ausencia de incredibilidad subjetiva (como resulta ya expuesto) y de persistencia en la incriminación (por cuanto la versión, en contra de lo sostenido por la defensa, ha sido la misma en todo momento en cuanto al núcleo de los hechos imputados y su sucesión), en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo además a que el marco de clandestinidad en que se producen estos delitos, significadamente contra la



libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas; y ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las dos primera notas o requisitos de carácter básico ya citadas y establecidas jurisprudencialmente, siendo que la verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, - declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, deviene del hecho de que la víctima no se ha personado, como podía hacerlo, como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento ( art. 109 y 110 L.E.Criminal), siendo lo fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho por la propia declaración de la misma en cuanto sea firme, seria, precisa, concisa y sin contradicciones, no influyendo para ello el que haya estado hablando con un amigo y con su hermana antes de decidirse a denunciar los hechos pues no señalan su inveracidad (así Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de Septiembre de 1988, 26 de Mayo y 5 de Junio de 1992, 8 de Noviembre de 1994, 27 de Abril y 11 de Octubre de 1995, 3 y 15 de Abril de 1996, etc.). (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de fecha 22.4.1999).

Pero eso sí, como sostiene la jurisprudencia, son requisitos cuya concurrencia no tiene por qué ser absoluta siempre que las restantes concurren con inusitada preponderancia, cual es la propia declaración y personalidad de la víctima.

Por lo que se mantienen de forma firme y clara las dos primera notas en los hechos denunciados e imputados al acusado, sin que por la ausencia de material firmeza objetiva del tercer elemento concurrente deba desvirtuarse la suficiencia de tal testimonio como para no enervar el principio de presunción de Inocencia que amparaba hasta el momento presente al procesado.

En consecuencia, la versión de la víctima no sólo fue depuesta con seriedad, reiteración y persistencia en cuanto al núcleo de los hechos imputados en todo momento, sino que incluso como pruebas directa única de cargo practicada, e incluso por el propio reconocimiento parcial y limitado y significativamente ausente de justificación y corroboración, del propio acusado en cuanto la tuvo como clienta a la hora y fecha reseñada, deviene en suficiente como para desvirtuar no sólo el principio de Presunción de Inocencia del art. 24 de la Constitución Española que amparaba hasta el presente momento al mismo, sino incluso alejar de los miembros de la Sala cualquier duda sobre la sucesión de los hechos de autos y el que por el procesado efectivamente se vulneró el derecho a la libertad sexual de la víctima, acometiéndola sexualmente no sólo sin su consentimiento sino además sorpresivamente para imponer sus deseos libidinosos sobre la ausencia de consentimiento de la víctima, con una penetración de miembros corporales por vía vaginal con la misma, y configurando sin duda alguna el delito de abuso sexual con penetración del art. 181.1 y 4 del Código penal, pero que no va a dar lugar a responsabilidades civiles ex delicto al haber renunciado en todo momento la víctima a ser indemnizada por los hechos de autos.

**V.-** Que del precalificado delito de agresión sexual es responsable en concepto de autor el procesado **Emilio** conforme a lo dispuesto en los artículos 27 y 28, párrafo primero, del Código Penal por su participación voluntaria, directa y material en la comisión de los hechos que integran tal ilícito, según resulta de la prueba practicada, cuya valoración ha sido realizada en los fundamentos jurídicos precedentes.

**vi.-** Que en la comisión del indicado delito no concurren ni son de apreciar la concurrencia de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, por lo que deberá estarse a lo dispuesto en la regla sexta del artículo 66 del Código Penal en el momento de señalar las penas correspondientes, entendiéndose como precedentes, a la vista de las circunstancias del hecho y del culpable, el imponerlas en el límite mínimo de la pena tipo, esto es de CUATRO AÑOS de prisión, y principalmente y en contra del acusado el que su actuación devino de una sorpresa de la confianza ganada a la víctima como masajista, la situación de desamparo creada en la misma al acontecer en el propio local del acusado y a solas, aprovechando la ausencia de persona alguna, así como el aprovechamiento de la gran desigualdad de corpulencia existente entre ambos. Y que procede imponer con la accesoria legal correspondiente conforme al art. 56 del reiterado Cuerpo legal, así como con la imposición, conforme al art. 192.1 del mismo Texto legal, y dada la gravedad de los hechos con la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada por un tiempo de 4 años para su cumplimiento posterior a la pena de prisión impuesta, y cuyo contenido será fijado por resolución en trámite de ejecución en su momento conforme al art. 106.2 del Código penal.

**VII.-** Que los criminalmente responsables de todo delito o falta lo son también civilmente conforme a lo dispuesto en los artículos 116 y siguientes del Código Penal, si bien no procede efectuar declaración alguna al respecto al haber renunciado expresamente la perjudicada, D.ª Estibaliz , y confirmado durante el acto de la vista, a ser indemnizada por estos hechos.



**VIII.-** Que las costas procesales deben ser impuestas a los criminalmente responsables de todo delito o falta para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 123 del Código Penal en relación con los artículos 239 y 240.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiéndose satisfacer por el acusado las mismas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en virtud del poder conferido por la Constitución y la Ley, administrando en esta instancia Justicia que emana del Pueblo y en nombre de Su Majestad el Rey.

#### **FALLAMOS**

**QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a Emilio como autor responsable de un delito de ABUSO SEXUAL con penetración de miembros corporales del artículo 181.1 y 4 del Código Penal, sin circunstancias, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISION**, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y con la imposición de la medida de libertad vigilada por tiempo de 4 años para su cumplimiento posterior a la pena de prisión impuesta, y con el contenido que se fijará en su momento en trámite de ejecución de sentencia, así como al pago de las costas procesales, sin responsabilidades civiles que exigir.

Para el cumplimiento de la pena impuesta le será de abono el tiempo que hubiera permanecido privado de libertad a resultas de la presente causa.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de apelación para ante la Sala de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, plazo y forma, procediendo en su caso a su ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo, en nombre de S.M. El Rey la pronunciamos, mandamos y firmamos en el lugar y fecha indicados.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose celebrando audiencia pública. DOY FE.